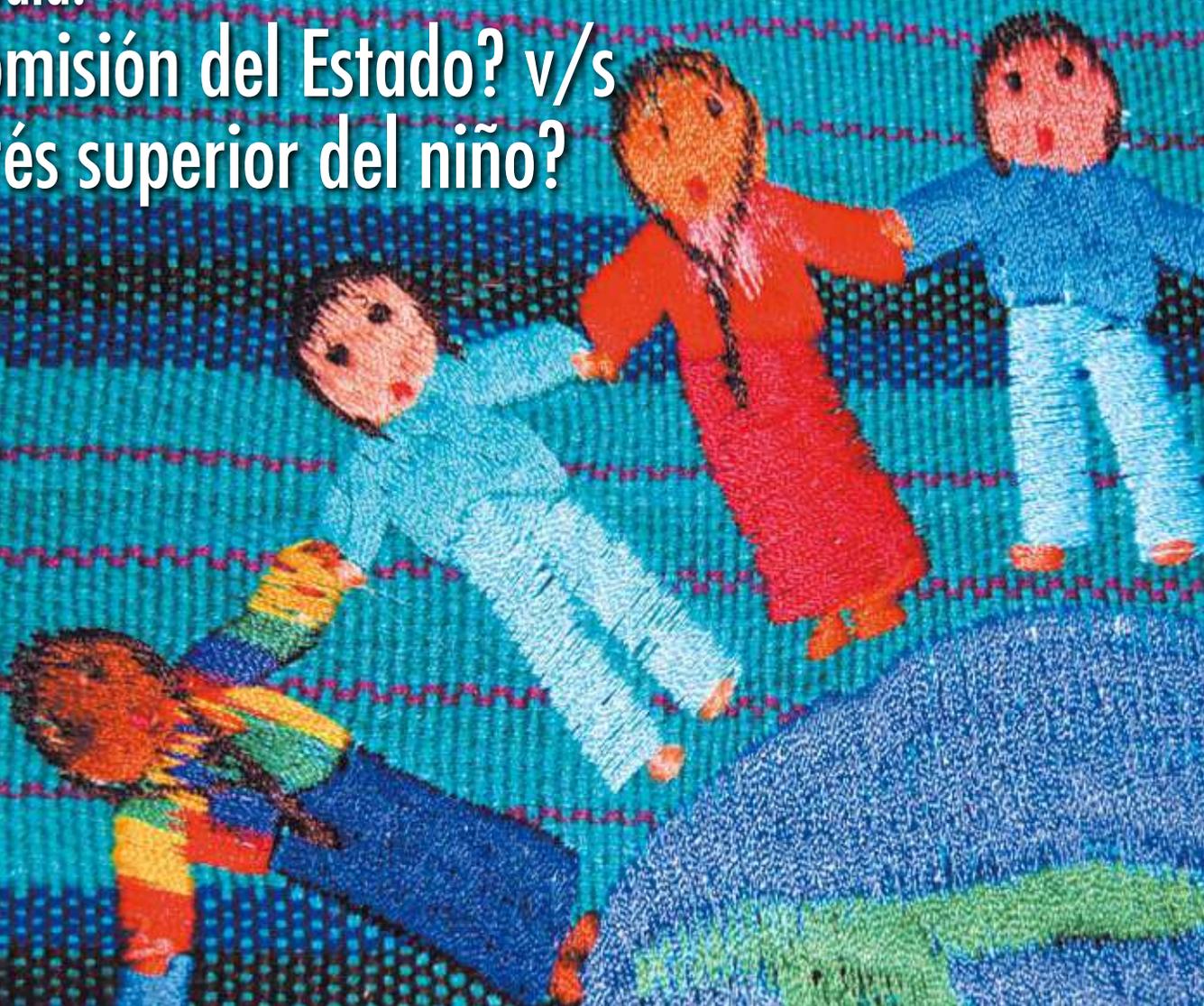


# DERECHO noticias

Nº 8 Año: 2010 Publicación gratuita de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

## Caso Atala: ¿Intromisión del Estado? v/s ¿Interés superior del niño?



**Entrevista a Paula Vial, Defensora Nacional:**  
"No existe equilibrio entre los actores del nuevo sistema"

**Diferendo con Perú:**  
contramemoria Chilena



# Primer

# Primer

## Diplomado en Derecho Registral Inmobiliario Chileno y Comparado (2010)

Director Académico:

Profesor Marco Antonio Sepúlveda Larroucau.

Patrocinios

- Asociación de Notarios, Conservadores y Archiveros Judiciales de Chile.
- Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- Colegio de Abogados de Chile.

Cupos Limitados

Inicio: 20 de Mayo / Término: 22 de Noviembre de 2010

Descuentos:

12,5% en el valor del arancel a egresados UCEN y 10% en el valor del arancel a miembros de la Asociación de Notarios, Conservadores y Archiveros Judiciales de Chile y funcionarios de sus oficinas, y socios con sus cuotas al día del Colegio de Abogados de Chile.

Contacto

Teresa González: Secretaria de Postgrado

E-mail: [fgonzalez@ucen.cl](mailto:fgonzalez@ucen.cl)

Teléfono: 02-582 63 48



4

Caso Atala:  
¿Intromisión del Estado? v/s  
¿interés superior del niño?

11

Entrevista a Paula Vial,  
Defensora Nacional:  
"No existe equilibrio entre los  
actores del nuevo sistema"

14

Diferendo con Perú:  
contramemoria Chilena

23

Noticias

**Directora:**

Ángela Cattan Atala

**Representante legal:**

Ángela Cattan Atala

**Editora General:**

Daisy Castillo Triviños

**Diseño y Diagramación:**

Marcia Aguilar Caballero

**Publicación:**

De la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
de la Universidad Central de Chile

**Dirección:**

Lord Cochrane 417, Torre A 4º piso  
Santiago, Chile

**Teléfono:**

56-2 5826000

**Fax:**

56-2- 5826318

**Impresión:**

Intergraf

En esta edición N° 8 de la *Revista Derecho Noticias* quisimos conocer cuáles son los desafíos que la Defensoría Penal Pública se fijó para este 2010, considerando que recientemente fue ratificada como Defensora Nacional, Paula Vial, quien accedió a darnos una entrevista y contar sobre los planes que está desarrollando la institución.

Uno de los aspectos en los que la Defensora Nacional hace hincapié, es en la falta de autonomía de la entidad, situación que implica, en la práctica, una serie de restricciones que impiden se enfrente en igualdad de condiciones con el Ministerio Público.

No podemos estar ajenos a otros temas de interés que figuran en la prensa. Por ello, en nuestras páginas hicimos un contrapunto sobre las uniones homosexuales y, en particular, el caso de la Jueza Karen Atala y las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. ¿Se está ante una intromisión por parte del Estado chileno?, o ¿lo importante es velar por el interés superior del niño (a)?

En materia de Derecho Internacional, Hugo Llanos, miembro del Comité Asesor para el Diferendo Marítimo cuenta detalles de la Contramemoria chilena que entregó el Gobierno el 9 de marzo de 2010. Según el Director del Departamento de Derecho Internacional de nuestra Facultad, el texto chileno "es de una solidez tal, que resulta suficientemente convincente, para que la Corte Internacional de Justicia decida a favor de la tesis chilena...".

Y siguiendo con otras materias de impacto social, no podíamos obviar los graves problemas generados por el terremoto ocurrido en febrero, particularmente en lo que respecta a la responsabilidad en la construcción. Sobre este punto, entrega su visión especializada el profesor de Derecho Civil, Marco Antonio Sepúlveda.

Quisimos indagar también en los elementos para la defensa penal ante un Estado de Catástrofe y, sobre ello, nos explica el Defensor Regional de El Maule, Hernán Fuentes.

Como ya es habitual desde 2007, año en que se comenzó a publicar esta Revista, les entregamos una visión objetiva de distintos temas que no debieran estar al margen de nuestras conversaciones diarias.

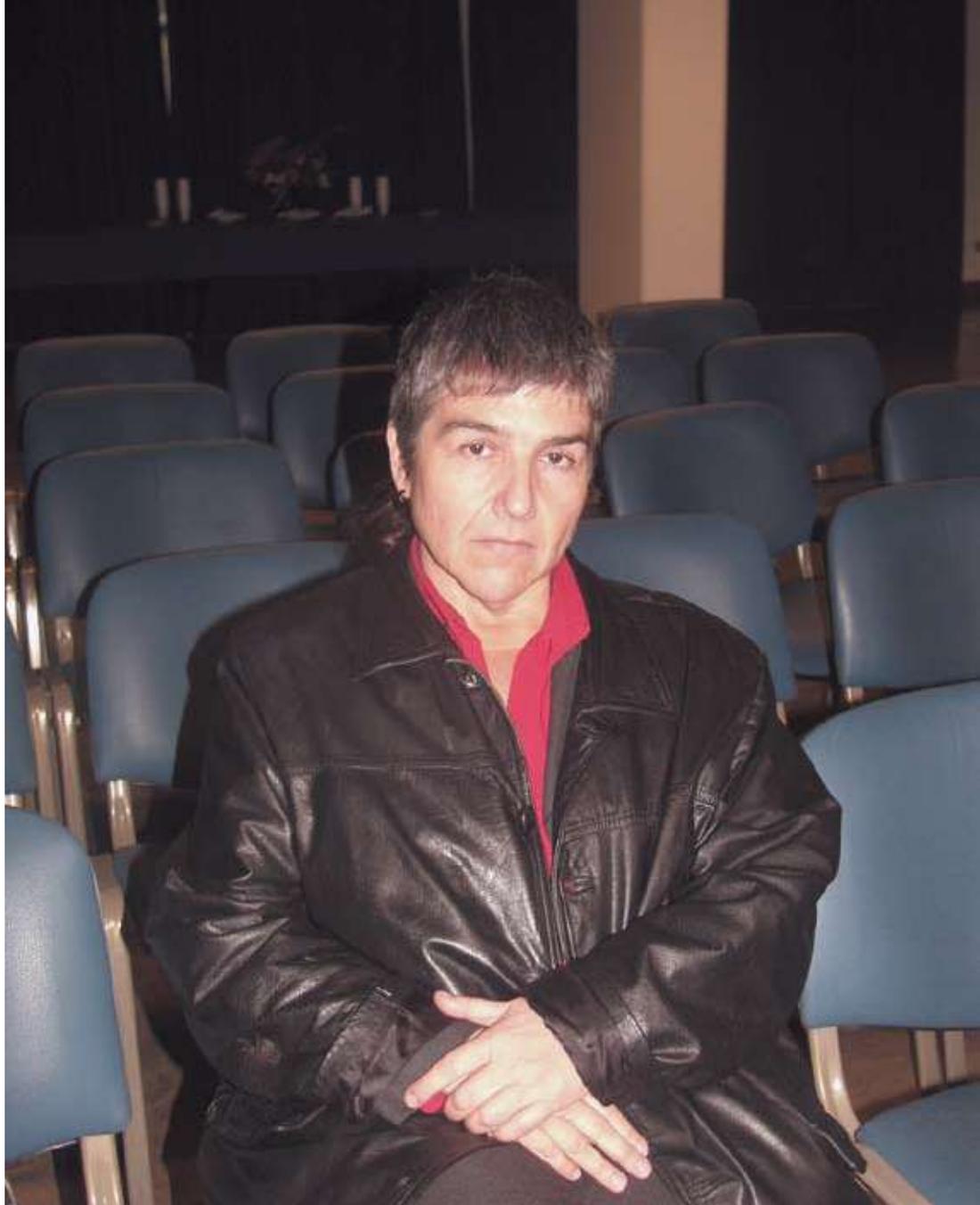
Los invitamos, como siempre, a estar informados.

Ángela Cattan Atala



Ángela Cattan Atala  
Decana

Fotografía: Pedro Orellana B.



## Emma de Ramón, pareja de la jueza Karen Atala: La Corte Suprema avaló conductas discriminatorias...

La historiadora asegura que si el Estado chileno no acoge las recomendaciones de la Comisión Interamericana de DD.HH., se dañará la imagen del país.

**Por: Daisy Castillo Triviños**

Emma de Ramón es directa. Advierte que en el caso de su pareja, la jueza Karen Atala, quien recordemos, perdió en 2004 la tución de sus hijas por su condición homosexual, quedó al descubierto un hecho no menor: "primaron los prejuicios del padre por sobre la vida real que tenían las hijas de Karen".

El ex esposo de Karen Atala le imputó una supuesta inhabilidad moral para ejercer el

cuidado de sus hijas porque ésta, luego de la ruptura matrimonial, manifestó una opción homosexual, la que provocaría daños en el desarrollo integral psíquico y en el ambiente social de las tres menores.

Han transcurrido seis años desde que la Corte Suprema falló a favor de Jaime López. Desde entonces, la madre de las menores se reúne con ellas una vez al mes. Así

## Réplica de Karen Atala

En 2008, a través de la Fundación "Las otras familias", Karen Atala declaró: "Esta injusticia a mi condición de mujer, madre y lesbiana, que se repite en muchas otras madres lesbianas de nuestro querido país, me llevó a enfrentar la dolorosa decisión de denunciar al Estado de Chile, por la violación de los derechos humanos de mis hijas y los míos. La vulneración de los DD.HH., el derecho a constituir familia y parentesco, al trabajo, a la salud, a la expresión pública de los afectos, a la identidad y dignidad de las personas lesbianas, homosexuales, transexuales y transgéneros es una situación que los chilenos vivimos a diario y que muchos silenciamos, al sabernos desprotegidos por nuestras leyes e institucionalidad y por la constante indiferencia de muchas autoridades políticas y parlamentarias".

lo relató a la *Revista Derecho Noticias*, su pareja, la historiadora Emma de Ramón.

**-Usted, ¿piensa que en esta causa hubo intromisión por parte del Estado?**

No sé si hubo intromisión. Al darle la razón a la demanda del padre, lo que hizo el Estado, representado por los jueces de la Corte Suprema, fue hacer valer el principio de la discriminación como un valor, como un hecho respecto del cual habría que proteger a los niños.

**-Pero, ¿no cree que, entonces, cualquier niño que esté en una situación de discriminación tendría que ser protegido y alejado de los padres?**

Claro. Esto sucedería, por ejemplo, con un niño indígena, con un niño Mapuche, que evidentemente será discriminado a lo largo de su vida, porque tiene un apellido determinado, una cultura y ciertos rasgos. Aquí se avala como un criterio, casi jurídico, el tema de que los niños deben ser protegidos de la discriminación, en vez de que el asunto fuera a la inversa.

**-¿A qué se refiere?**

Haber dicho que la discriminación existe y que compete al Estado hacer el esfuerzo para que se reduzcan estas prácticas y no alejar a los niños de una situación eventual de discriminación.

**-A su juicio, ¿la Corte Suprema sentó un precedente?**

Terriblemente negativo, porque la Corte Suprema avaló conductas discriminatorias de la sociedad, las respaldó. Eso es lo que exactamente un Estado democrático no debiera hacer.

**-¿Cree que los Ministros de la Corte Suprema al rechazar la tuiición actuaron discriminatoriamente y se justificaron amparándose en el bien superior de las niñas?**

No soy jurista, pero sé que la definición del bien superior de los niños debe ser siempre visto respecto de una realidad concreta y no en forma abstracta. Los intereses de los niños siempre se relacionan con un ambiente y, por lo tanto, deben ser examinados en propiedad. Según esto, en el caso de un niño que es pobre, su interés superior tendría que ser tener un poco más de oportunidades y podría ser apartado de los padres. Así, terminaríamos en una práctica absurda de intromisión del Estado en asuntos que no le competen.

**-¿Cuál es su opinión respecto de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de DD.HH. en orden a reparar integralmente a la jueza Karen Atala por haberse vulnerado su "derecho a vivir libre de discriminación"?**

El Estado chileno no está obligado a acoger las recomendaciones, pero no hacerlo, sería para el Estado muy dañino en términos de imagen. En todo caso, el daño ya se hizo y es irreparable. Las niñas llevan seis años viviendo alejadas de su madre y las hizo perder la relación con su madre y de la madre con sus hijas. Además, las puso en una situación de vulnerabilidad terrible respecto de la imagen que un niño debe tener de su madre.

**-¿De qué manera se podría reparar el daño causado a su pareja al separarla de sus hijas?**

Karen lo que quiere son disculpas públicas de parte del Estado, del Presidente de la República o de quien lo represente. Ella piensa que, de esa manera, podría sentirse reparada. Lo otro es que esto no se repita y que otras madres lesbianas no tengan que pasar por lo mismo.

## ¿Ciudadanos de segunda clase?

"Sólo cuando el Estado de Chile, reconozca y sancione ante sus connacionales y ante la Comunidad Internacional que no existen ciudadanos de segunda clase ante sus leyes debido a su orientación sexual diversa, sino que todas y todos, somos iguales en dignidad y derechos y cuando discriminaciones odiosas como las que mi familia vivió no se repitan, entonces podremos decir que Chile es un país que quiere a toda su gente y yo sabré que mi dolor no fue en vano".

# El caso Atala y el límite irrebasable de los derechos



Por: Marcelo Toro.  
Abogado, LL.M. University of Wisconsin-Madison. Profesor de la Universidad Central de Chile.

“La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recomendado al estado chileno reparar integralmente a Karen Atala por haberse vulnerado su derecho a vivir libre de discriminación y adoptar, al mismo tiempo, “legislación, políticas públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación con base en la orientación sexual en todas las esferas del ejercicio del poder público, incluyendo la administración de justicia”.

En el quicio de este caso se halla la vieja pugna entre lo bueno o lo virtuoso y lo justo. Desde que Lutero, conminado a retractarse de sus escritos en Worms en 1521, elevara a la conciencia racional como el tribunal supremo de todo; la modernidad ha discurrido sobre la idea de que cada conciencia racional tiene el derecho de definir para sí lo que sea bueno o virtuoso. John Stuart Mill, en este mismo sentido, proclamó “la única libertad que merece semejante nombre es la de hacer mi propio bien a mi propio aire”.

La consecuencia de esto es clara: habrán tantas definiciones sobre lo bueno o lo virtuoso como seres humanos pueblen este planeta, sus hijos y los hijos de sus hijos. Por eso, la democracia liberal se erigió sobre la promesa de que el Estado no iba a inmiscuirse en esta cuestión fundamental y sagrada. Así lo dice, por ejemplo, el artículo 4º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Esta pugna, entonces, es también la de quienes creen que el Estado debe ser guardián de un modelo de vida virtuosa y los que se satisfacen con algo más modesto, pero no por ello menos importante: la de salvaguardar la justicia. Esta devie-

ne, entonces, en un deber de imparcialidad. Este deber tiene una doble faz: de una parte un deber de no intromisión, de otra, la obligación de prodigar a todas las personas la misma consideración y respeto. El Estado se retira de toda batalla ética o moral. Enmudece, para dejar que cada hombre y mujer haga lo suyo en esta materia y siga los dictados de su conciencia libre.

Nuestra Excelentísima Corte Suprema ha dicho, en fallo dividido, que privarle a la Jueza Atala de sus hijas se justifica por mor “de sus intereses superiores” considerando testimonios que indicaban que las niñas podían desarrollar confusión sobre sus roles sexuales y ser víctimas de discriminación social por ello. ¿Puede un ciudadano o ciudadana llegar a semejante conclusión? Por supuesto, todos tenemos ese derecho. La cuestión es si el Estado puede hacer lo mismo.

La recomendación de la Corte Interamericana concluye terminantemente que no y lo hace porque bajo el eufemismo del interés superior de las niñas se esconde una definición acerca de lo que es virtuoso y lo que es desviado. Las personas pueden pensar eso, pero un poder del Estado no puede imponer una visión de lo bueno en detrimento de las demás. Al hacer eso, desprecia a todos los que no suscriben esa idea. Como dice Machado “todo hombre –y mujer deberíamos agregar- vale como uno y sólo como uno, porque ningún hombre puede arrojar para sí, mayor valor, que el mero hecho de ser hombre. Cuando el Estado se abanderiza por una posición sobre lo bueno, nos trata como menos que uno a todos los que no compartimos eso. Éste es, precisamente, el tipo de discriminación que nuestra Constitución considera arbitraria. Ésta es también la que está vedada en la Con-

vención Americana de Derechos Humanos y así se ha encargado de aclararlo la Corte Interamericana de DD.HH.

Ahora vendrá el largo camino de poner nuestras políticas públicas plasmas en leyes y otros instrumentos en consonancia con estas ideas. Estas fueron el combustible de la Revolución Francesa y de la modesta revolución independentista –si es que así pudiéramos llamarle- que dio paso a eso que llamamos Chile y que queremos tanto”.





## Análisis del Derecho chileno y legislación comparada: Uniones homosexuales como forma de constituir familia



Por: Ángela Cattán Atala.  
Abogada. Decana de la Facultad de  
Ciencias Jurídicas y Sociales de la  
Universidad Central de Chile.

“La cambiante realidad jurídica ha implicado la necesidad de regular las diversas situaciones que se han presentado, en orden a consagrar distintas estructuras familiares. Ya desde Roma existe clara conciencia de la necesidad del derecho de seguir a la realidad. De esta manera, la familia es la proyección de la persona en su mínimo grado de organización social: fuertemente centrada en la figura paterna, el concepto romano de familia se centraba en torno a la autoridad de un *pater familias*, la producción económica en común, y el culto a unos mismos dioses y antepasados, ya que lo importante era garantizar la continuidad y pureza del culto, por lo que, por ejemplo, de aquí se deriva la importancia de la propiedad raíz, al enterrar a los deudos en el terreno familiar, todo lo cual configuraba la fami-

lia agnaticia. La reunión de sus diferentes miembros se daba por diversos motivos: parentesco, matrimonio, compra, adopción, esclavitud; en suma, un grupo de *alieni iuris* sometidos a la autoridad del *sui iuris*: el *pater familias*.

Con Justiniano se establece claramente la consagración de la familia señalada por el vínculo de sangre y de común crianza, lo cual configuraba la familia cognaticia. Ésta se acerca más a la moderna noción de familia.

Prevaleció en Roma la agnación, en virtud de la cual la transmisión operaba sólo en los hombres que descendían de un matrimonio religioso y sagrado, excluyendo a las mujeres. La familia surgía en el momento en que podía invocarse la pertenencia a un mismo hogar, se compartían

los mismos dioses y se ofrecía la misma comida fúnebre.

Como una primera conclusión para aproximarnos al tema de la unidad de la familia al de su pluralidad, cabe tener presente nuestro pasado romano, el que influye en el contenido de nuestro actual derecho, en el sentido de perfilar un sistema jurídico sensible a los cambios. Por ende, el tema lo analizaremos desde la perspectiva jurisprudencial.

### Jurisprudencia respecto del concepto de familia

La Corte Suprema ha declarado que el concepto de familia no es normativo, es decir, que no existe un único concepto de ella que sea vinculante por extraerse del texto positivo, ya que nuestra ley no la



define. "Que si bien la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, base y piedra angular en que se sustenta el ordenamiento jurídico y social conforme lo recoge la Carta Fundamental en su artículo 1°, ni la Constitución Política, el Código Civil, ni ninguna otra disposición legal, la definen expresamente, lo que no significa que el legislador nada diga al respecto.

Efectivamente, en diversas normas se menciona a la familia, como ocurre en los artículos 15 N° 2, 42 y 988 del Código Civil, entre otros preceptos, e incluso el artículo 815 del mismo texto legal la define para efectos del derecho de uso y habitación, señalando que comprende al cónyuge y los hijos; tanto los que existían al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y éstos aún

cuando el usuario o el habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución. Comprende asimismo el número de sirvientes necesarios para la familia.

La definición transcrita no puede ser aplicada en términos generales por no corresponder a la realidad social y su alcance referido a una materia específica y, por otro lado, las diferentes menciones contenidas en otras disposiciones no importan un concepto jurídico obligatorio y de general aplicación. La idea anterior se refuerza si se tiene presente, además, que la actual Ley de Matrimonio Civil N° 19.947, en su artículo 1°, señala que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia, pero sin que el legislador

defina ese concepto. Lo mismo ocurre con la actual Ley N° 20.066, sobre violencia intrafamiliar, al señalar en su artículo 5°, las situaciones que esa normativa protege" (Corte Suprema, recurso de casación en el fondo, sentencia de 21 de agosto de 2006, autos rol 5.022-2004).

### **El caso Atala**

En 2002 se dio inicio al proceso judicial por la tuición de las niñas M. V. y R. en el contexto del divorcio de Karen Atala, a la sazón jueza, casada entonces con el abogado Jaime López. La Corte de Temuco, confirmando el fallo de primera instancia, resolvió entregar el cuidado de las niñas a la mujer, motivo que justificó un recurso de queja que fue presentado por el padre de las niñas en contra de los jueces de dicha Corte.

El caso llegó así hasta la Corte Suprema, que en mayo de 2004 determinó entregar la tuición de sus tres hijas al padre.

Las consideraciones presentadas se basaron en la calidad de homosexual de Atala. La Corte señaló de esta manera que existía un “deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho (...). Por su parte, el testimonio de las personas cercanas a las menores, como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna”.

Agrega el mismo fallo que “aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendidas sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas”.

Ante esta situación, en noviembre de 2004, Atala demandó al Estado ante la OEA por haber sido discriminada en la tramitación de la causa, ya que consideró que el juicio de tuición era arbitrario y que fue su condición el motivo que justificó la decisión de la Corte, que emitió de esta manera una sentencia discriminatoria.

### **El fallo de la Comisión y el impacto en el concepto de familia homosexual en Chile**

La sentencia fue emitida el 17 de febrero de 2010, bajo el rótulo 12.502. En su texto, la CIDH señala una serie de ar-

gumentos en un doble aspecto. En una primera línea, sostiene que los tribunales chilenos carecen de argumentos de peso para el caso, ya que no se presentó información que demostrara “que la orientación sexual de Karen Atala o la expresión de la misma en su proyecto de vida constituyó un riesgo para sus hijas”, con lo que la resolución se basó en “presunciones de riesgo derivadas de prejuicios y estereotipos equivocados sobre las características y comportamientos de un grupo social determinado”, y no en la evaluación de la capacidad de los padres de ejercer la tuición de sus hijas.

De esta manera, cabe señalar que positivamente “el Estado chileno violó, en perjuicio de Karen Atala, el derecho a la igualdad ante la ley”, ya que le impidió su libertad de elegir la forma de vida que más le acomodara en su proyecto como persona. Así, también se atentó contra su derecho a la privacidad, pues se entró a debatir y cuestionar un aspecto íntimo de su vida personal y privada.

### **El interés superior del niño, niña o adolescente**

Uno de los argumentos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es que “la Corte Suprema se abstuvo de escuchar las opiniones e intereses de las niñas en conformidad con los estándares internacionales vigentes”, ya que “el fallo estigmatizó a las niñas por tener una madre homosexual y vivir en una familia no aceptada en el entorno social chileno, cobijando y legitimando prejuicios y estereotipos hacia las parejas homosexuales y los niños que se crían con dichas parejas”.

Como señala el profesor Juan Andrés Orrego, “el interés superior de los menores, asimismo, no está hoy día circunscrito, como ocurría originariamente en el Código Civil chileno, a cuidar preferentemente el patrimonio de los hijos no

emancipados, sino que tiene por objetivo fundamental conferir una protección integral al menor, que posibilite que alcance su mayor realización espiritual y material posible”.

En tal sentido, el fortalecimiento del principio de privilegiar el interés superior del niño, niña o adolescente se plasmó en una serie de instrumentos internacionales dictados durante las pasadas décadas, y se ha consagrado como un principio claramente inspirador de las leyes de adopción y de filiación.

El fallo de la Corte claramente buscó proteger el interés superior de las menores. Como señaló en su oportunidad la Corte Suprema, se hizo evidente en el caso de la jueza Atala que “su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegio y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal”. Tal argumento no es abordado por la CIDH, que privilegia claramente el interés de la jueza por sobre el bienestar de sus hijos. Incluso, afirma que no existe evidencia cierta de daños a su bienestar, lo que contradice lo indicado expresamente por la Corte Suprema.

Un aspecto preocupante en este sentido es que la decisión de la Suprema fue considerada como un “mensaje social discriminatorio”, afirmación a nuestro juicio temeraria. Esto, porque conforme a la legislación chilena, las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren, lo que impide establecer parámetros de discriminación absolutos, pues cada caso es diferente. Los tribunales y las cortes deben resolver los casos puntuales, y no establecer parámetros de conducta generales. En tal sentido, la Corte no hace sino reflejar la realidad fáctica y normativa consagrada en nuestro país”.

Paula Vial, Defensora Nacional:

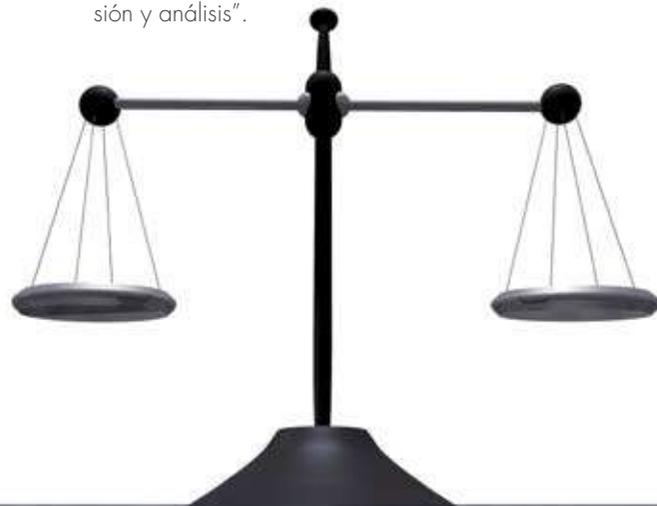
# “No existe equilibrio entre los actores del nuevo sistema”

Conseguir la autonomía de la entidad es una de las principales metas. “El Ministerio Público es un organismo autónomo y nosotros estamos sujetos a una serie de restricciones que nos impiden hacer frente de igual a igual”, señala la abogada.

Por: Daisy Castillo Triviños



Lograr la autonomía de la Defensoría Penal Pública es uno de los desafíos fijados por Paula Vial, quien lidera esta institución. Así lo adelantó a la *Revista Derecho Noticias*, aclarando, en todo caso, que “el Ministro de Justicia apoya la idea y, pese a que no es una prioridad para su cartera, hay respaldo a nivel de parlamentarios. Hemos entendido siempre que se trata de un proyecto de mediano y largo plazo, considerando la necesaria coordinación con el Ministerio de Justicia y teniendo en cuenta que se trata de un proyecto complejo que requiere de discusión y análisis”.



## ACADEMIA DE DEFENSORES

Paula Vial indicó que durante 2010 se espera institucionalizar la Academia de Defensores que, este año, contará con cinco versiones. La idea, dijo, es “darle una estructura que garantice permanencia”. Agregó que, a la fecha, una Comisión trabaja en el tema”.

**-¿En qué se ha traducido la falta de autonomía institucional en estos últimos años?**

Dentro de la necesidad de contar con defensa y proveerla institucionalmente, es imprescindible que en las reglas del sistema haya equilibrio entre los actores, entre los intervinientes.

**-¿No hay actualmente equilibrio?**

No existe equilibrio entre los actores del nuevo sistema. El Ministerio Público es un organismo autónomo y nosotros estamos sujetos a una serie de restricciones que

ría o los problemas del Servicio Nacional de Menores (Sename).

**-¿Están muy limitados?**

Estamos mucho más debilitados. Es evidente que uno tiene que considerar que se interrelaciona con instituciones. La autonomía no es equivalente a falta de responsabilidad o descriterio. Esa independencia no tiene que ver con el hecho de que si dependo del Ministerio de Justicia no puedo decir cosas y si no dependo, puedo decir lo que se me ocurra. No es que uno se vaya a desquiciar ni

económica tiene un valor de un 50% y un 50% la oferta técnica. Dentro de la oferta técnica, vamos a priorizar que los abogados que estamos eligiendo sean los mejores.

**-¿Cómo es la evaluación que hace del desempeño de los defensores institucionales y licitados?**

Hay todavía un cierto déficit y la forma en que se presta defensa no es igual en todos lados. Tenemos un contingente importante de defensores licitados, pero también hay sectores en los que hemos tenido algunos problemas de rotación de abogados y eso, precisamente, queremos evitar.

**-¿Esto ocurre porque algunos defensores están más interesados en ganar la licitación y recibir los recursos que el hecho de preocuparse del cliente?**

Sí y no. La consecuencia más grave al no tener la equiparidad es la rotación. Permanentemente en algunos lugares, como el Centro de Justicia, están ingresando nuevos abogados, están cambiando la propuesta y eso nos genera oportunidades, porque llegan buenos profesionales. Sin embargo, también nos produce problemas, porque se trata de nuevos abogados que hay que capacitar y enseñarles no sólo en términos de litigación, hay que integrarlos a la lógica de la Defensoría. Uno invierte mucho en ellos y, luego, se van.

**-Para evitar precisamente el exceso de rotación, ¿se contemplan algunas modificaciones a corto o mediano plazo?**

En las nuevas bases la rotación se sanciona. Además, la rotación no será simple, ya que el nuevo abogado que llegará tiene que cumplir exactamente con el mismo puntaje de la persona que reemplaza. Ya no pagaremos por causas terminadas, se va a licitar un porcentaje del servicio de defensa de una determinada zona y se pagará una cantidad fija mensual.

**-¿Por qué se cambió el sistema?**

Porque nos limitaba mucho en la flexibilidad que necesitábamos. Nos hemos fijado, por supuesto, un límite razonable que no afecte la calidad, tanto de los defensores institucionales como de los licitados.

**-¿Algún otro proyecto de la Defensoría?**

Tenemos desafíos en el ámbito comunicacional público, con la intención de reforzarlo. Nos interesa estar presente en todos los debates que tengan que ver con materias de delincuencia y de discusión parlamentaria.



**REVISTA INSTITUCIONAL 93 Y CÓDIGO DE ÉTICA**

“Es un desafío importante contar con la Revista 93 que aborda temas de interés y que son analizados e investigados en forma seria”, sostiene la Defensora Nacional.

Otro proyecto en el que se abocará este 2010 la institución es la elaboración del Código de Ética del Defensor.

nos impiden hacer frente de igual a igual. En la práctica, ha habido espacios en los que han surgido problemas y, por lo demás, hay muchos espacios de riesgo.

**-¿Cuáles son esos espacios de riesgo?**

Tienen que ver con líneas en las que puede haber limitaciones externas y auto-limitaciones como, por ejemplo, la posibilidad de participar en la generación y discusión de políticas públicas en materia de criminalidad. La posibilidad de formular críticas fuertes respecto de la situación carcelaria, de la relación con Gendarme-

descontrolar, porque se es autónomo. La autonomía es fundamental y absolutamente necesaria.

**-¿Qué otras prioridades tiene la Defensoría Penal Pública para este 2010?**

Tiene que ver con la calidad y la forma cómo expresarla. Hemos avanzado en el marco de las licitaciones, tenemos un nuevo modelo y estamos ad portas de ponerlo en marcha. Este modelo tiene modificaciones de fondo: la oferta técnica tendrá un valor importante a la hora de definir quién se lo adjudique, la oferta



Daniel San Martín:

## La reconfortante experiencia de ser rescatista tras el terremoto

En 2009 egresó de la FCJS de la UCEN y desde hace 10 años es voluntario en distintas organizaciones que ayudan a las poblaciones más vulnerables.

Por: Daisy Castillo Triviños

Daniel San Martín (25) se entusiasma al comenzar a narrar, con detalles, cómo ha sido, hasta ahora, su experiencia de ir todos los fines de semana a ayudar a quienes lograron sobrevivir al terremoto y tsunami que afectó a la zona sur del país.

Desde hace 10 años es voluntario en varias instituciones sociales. Una de ellas: "Un techo para Chile", entidad que se ha encargado desde ocurrida la tragedia de levantar nuevas viviendas para quienes perdieron sus inmuebles.

Formalmente, a contar del 2 de marzo, Daniel se unió a esta cruzada de solidaridad. Los viernes en la tarde, luego de terminar de trabajar en el estudio Elías Napadensky & Cía. Abogados, viaja a la zona sur, junto a otros jóvenes universitarios, con la única intención de contener, orientar a los damnificados y levantar casas.

Asegura sentirse plenamente gratificado por la oportunidad de entregar sus conocimientos jurídicos a personas que están en la más completa indefensión. "A pesar de que en un comienzo éramos aproximadamente 150 voluntarios, yo era el único egresado de Derecho, el resto eran estudiantes de ingeniería civil, psicología, arquitectura, odontología, medicina, por ejemplo, entre

otras carreras". Y agrega: "Me ha tocado ser no sólo abogado, también psicólogo, médico, rescatista y profesor".

Para Daniel, después de transcurridos tres meses del terremoto, hoy en las zonas afectadas, se vive la etapa más crítica. "Levantamos las casas y ¿después qué? Estas personas damnificadas no pueden ser abandonadas, necesitan apoyo psicológico, requieren orientación y reinserirse laboralmente. Muchos de ellos perdieron a sus seres queridos, a sus amigos, y asumir la pérdida es difícil y toma tiempo".

Este joven egresado en 2009 y que es ayudante de Derecho Económico III, asegura que el trabajo de reconstrucción ha sido arduo, porque ha implicado, desde el inicio de la tragedia, socorrer a las personas, socorrer a animales heridos y ver la muerte plasmada en las zonas que ha visitado. Si bien durante 10 años hizo misiones y trabajos voluntarios en la Isla de Chiloé, "esta experiencia ha superado con creces todo lo que había vivido hasta ahora".

Se emociona al reflexionar sobre las crudas experiencias que ha conocido en la VII Región. "Un padre de familia me dijo que perdió a sus hijos, a su mujer, que el mar se llevó su casa y perdió su fuente laboral.

### Corporación "Chile sin fronteras"

Daniel San Martín es miembro de la Corporación "Chile sin fronteras", instancia que, por primera vez, integran sólo jóvenes universitarios de distintas Casas de Estudios Superiores. Daniel, es, hasta ahora, el único egresado. Se trata de una Corporación, cuya personalidad jurídica está en trámite, y que recibirá apoyo financiero de importantes empresas, tanto nacionales como extranjeras. El interés de las empresas por destinar recursos a una institución de universitarios, radica en el organizado trabajo que los jóvenes han realizado en las zonas devastadas por el terremoto.

"La Corporación principalmente seguirá con la línea de trabajo del levantamiento de viviendas de emergencias, colegios y hospitales. Extenderemos también el tema a proyectos de pro-inversión, por ejemplo, para empresarios turísticos y gastronómicos de la zona afectada. Estamos representando a la Confederación Mataquito de la costa de Curicó para conseguir que el Gobierno, mediante el Banco Estado, pueda otorgar crédito CORFO, y adquirir los motores para sus botes", sostiene Daniel San Martín.

#### Directorio:

**Presidente:** Daniel Quiroga, Ingeniería Administración, Universidad Adolfo Ibáñez.

**Vicepresidente:** Florencia Hernández, Ingeniería Civil, Universidad Católica.

**Director Ejecutivo:** Carlos Vargas, Ingeniería Civil Construcción, Universidad de Chile.

**Director Viña del Mar:** Ian Harboe, Ingeniería Comercial, Universidad Católica PUCV.

**Director Villa Alemana:** Felipe Canto, Ingeniería Comercio Internacional, Universidad Adolfo Ibáñez.

**Contraloría y Finanzas:** Daniel San Martín, Egresado Derecho, Universidad Central de Chile.

Elisa Grau, Ingeniería Finanzas-Economía, Universidad de Chile.

**Gerente General:** Iñaki Aboitiz, Ingeniería Civil Obras Civiles, Universidad de Chile.

**RR PP:** Cecilia Divin, Ingeniería Comercial, Universidad de los Andes.

Mi vida no tiene sentido, me dijo. En ese momento, tuve que sacar fuerzas y tener la sabiduría y las palabras para acompañarlo y repetirle que la vida sí tiene sentido. Decirle una y otra vez que estamos con él, que no está solo y que lo ayudaremos a ponerse de pie nuevamente".

Al término de la entrevista, Daniel quiso enviar un mensaje a los estudiantes de Derecho de la UCEN y también a los egresados, como él. "Necesitamos más manos para reconstruir el país, necesitamos que otros centralinos se motiven y se sumen a esta cruzada. Estas personas nos necesitan y es una tremenda oportunidad que nos da la vida de trabajar por ellos y ver en sus rostros, pese a toda la pena que los aqueja, que siguen creyendo y confiando en que vendrán tiempos mejores".



DIFERENDO CON PERÚ:

## Contramemoria chilena

“El gobierno de Chile hizo entrega a la Corte Internacional de Justicia, con fecha 9 de marzo pasado, su contramemoria, respondiendo así a la Memoria peruana.

El lunes 9 de abril, ambos países acordaron proponer a la Corte Internacional de Justicia, un plazo de ocho meses para la réplica peruana y otros ocho meses para la réplica chilena.

Así las cosas, y en el entendido que la Corte acepte esta proposición, Perú tendría un plazo que expiraría en noviembre de 2010, para replicar la contramemoria chilena, y Chile remitiría sus argumentos contenidos en la réplica, en julio de 2011, lo que coincidiría con el mes en que el Presidente Alan García dejará el poder en Lima.

No se descarta, sin embargo, que la CIJ reduzca los plazos solicitados, a seis meses. Y se espera que el fallo del alto tribunal se emita el 2012.

La argumentación que se expone en la contramemoria chilena, fundamentada adecuadamente en las distintas pruebas que presenta, es de una solidez tal, que resulta suficientemente convincente, para



Por: Hugo Llanos.  
Director del Departamento de Derecho Internacional de la FCS y miembro del Comité Asesor para el diferendo marítimo.

que la CIJ decida a favor de la tesis chilena sobre la mantención del actual límite marítimo con Perú: paralelo 18° 21'03".

Es muy relevante destacar el tratamiento dado por la contramemoria, -Sección 4 The Broad Historical Context del Chapter I Introduction- a la parte de la Memoria peruana, que buscó enfatizar los aspectos históricos de la relación chileno-peruana, bajo un prisma parcial y negativo.

La contramemoria rehúsa entrar en el escenario planteado por Perú, por lo que descarta de raíz el escenario al cual Perú quiso llevar a nuestro país.

Los diferentes capítulos de la contramemoria, demuestran en forma inapelable las contradicciones en que incurre Perú al invocar argumentos que se oponen radicalmente a la conducta mantenida por él, a lo largo de estos años, y que comienza, en 1947, con la dictación de su Decreto Supremo N° 711, que señala una línea imaginaria paralela a las

costas del territorio peruano "trazada sobre el mar a una distancia de 200 millas marinas medidas siguiendo la línea de los paralelos geográficos".

El análisis que efectúa la contramemoria de los dos tratados cuestionados por Perú, -la Declaración de Santiago sobre Zona Marítima, de 1952, y el Convenio de 1954, sobre Zona Especial Fronteriza Marítima-, y el comportamiento peruano que la contramemoria saca a relucir, manifestado en múltiples instancias, no sólo en el período de la elaboración de estos dos textos legales sino, y esto es decisivo, en su aplicación, demuestra la absoluta inconsecuencia de la tesis que Perú hoy trata de sustentar.

Es necesario resaltar que Colombia, antes de adherir a la Declaración de Santiago, consideró que ésta constituía un tratado de delimitación entre Chile, Perú y Ecuador, y aplicó la terminología legal del artículo IV de dicha Declaración, esto es, la línea del paralelo, en el tratado de límite

marítimo con Ecuador, de 1975. Asimismo, la contramemoria demuestra, en la sección 2.202 y siguientes, diferentes casos internacionales en que se aplicó el mismo sistema de paralelo para la delimitación marítima, del efectuado entre Chile y Perú. Igual reconocimiento es exhibido por parte de las Naciones Unidas, y de un sinnúmero de autores de gran prestigio internacional, que se citan.

En efecto, Perú aceptó, sin mayor discusión, el paralelo del Hito N°1, en las situaciones que exhibe la contramemoria, principalmente en el caso del incidente del barco de la Armada peruana, Diez Canseco, y los acuerdos logrados por la Comisión Mixta Chileno Peruana, en 1968 y 1969, para señalar el límite marítimo y materializar el paralelo que pasa por el Hito N° 1, paralelo 18° 21'03". Además, consta el reconocimiento pe-

**"No sólo hay tratados internacionales vigentes, sino que hay una práctica nacional e internacional peruana que confirma la existencia de un límite marítimo de, por lo menos, hace 50 años", Hugo Llanos (declaración en CNN Chile, 2010).**

ruano de que la Declaración sobre Zona Marítima de 1952, tiene el carácter de tratado internacional.

En el Capítulo IV The parties *maritime boundary has been settled by treaty*, la contramemoria aplica impecablemente el sistema de interpretación contenido en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de la que son partes tanto Chile, como Perú. No queda lugar a ninguna duda, después de la lectura de este Capítulo, que las reglas de interpretación de dicha Convención de Viena se aplican íntegramente a la lectura que hace Chile de la Declaración de Santiago sobre Zona Marítima, de 1952, y del Convenio de 1954, sobre Zona Especial Fronteriza Marítima.

En efecto, el sentido corriente del texto de la Declaración de Santiago -que se refiere al paralelo del punto en que llega al mar la frontera terrestre de los Estados respectivos, delimitándose así la zona marítima general de los países partes, quedando delimitados también los espacios marítimos a ambos lados de los respectivos paralelos-, y del Convenio de 1954, en su contexto. En éste basta leer su título para

entender que existe una zona fronteriza marítima, y en que uno de sus considerandos se refiere a "las violaciones de "la frontera marítima" y ,además, su artículo 1° establece claramente el paralelo que constituye el límite marítimo entre los dos países (Chile- Perú y Perú- Ecuador); los fines y propósitos de estos dos textos legales,- el de la Declaración de Santiago: reclamar zonas marítimas sujetas a la soberanía y jurisdicción de los Estados Partes "hasta una distancia mínima de 200 millas marinas desde las referidas costas", y el del Convenio de 1954 -crear una zona de tolerancia a ambos lados del límite marítimo entre los Estados Partes-, los acuerdos posteriores de ambas partes relativos a la interpretación de la Declaración de Santiago -de 1968 y 1969-, la práctica ulterior de las partes en la aplicación de dichos tratados, - la Resolución

Suprema del Perú, de 1955, el Memorando peruano dirigido a Chile, de 1962, el Memorando peruano dirigido a Chile, de 1966 (el incidente Diez Canseco, los reclamos peruanos por las transgresiones del espacio aéreo peruano que cubre el espacio de sus 200 millas y otros)-, los trabajos preparatorios de la Declaración de Santiago y del Convenio de 1954, los que se refieren que se debió a la iniciativa ecuatoriana el establecimiento del paralelo como el límite marítimo entre los tres países-, y las circunstancias que se tuvieron en cuenta al suscribirse ambos tratados. Todo ello avala, en forma contundente, la invariable posición chilena en defensa de la existencia de un límite marítimo con Perú, y deja en evidencia la débil posición de este país, al desconocer sólo ahora dicho límite, desconociendo el respeto que ha tenido de él, por un extendido lapso de tiempo.

En resumen, la contramemoria chilena aborda exhaustivamente todos los puntos en discusión del actual diferendo marítimo con Perú, con fundamentos tales que debería asegurar un resultado exitoso ante la Corte Internacional de Justicia".



Myrna Villegas.  
Profesora de Derecho Penal.  
Investigadora Centro de Investigaciones  
Jurídicas (CIJUCEN).

## Detención de jóvenes Mapuche

“Recientemente hemos tomado conocimiento de la detención de jóvenes Mapuche, todos menores de edad (adolescentes para la Ley Penal a partir de 2006), entre ellos, dos niñas. La característica común es su parentesco con dirigentes de distintas comunidades, las que han denunciado una vulneración a los derechos consagrados en la Convención de los Derechos del Niño.

Probablemente, si lo analizamos desde los parámetros de la legalidad encontraremos razones para tales detenciones en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente. Si lo analizamos desde los parámetros de la legitimidad en los Estados democráticos, uno de los cuales es el respeto y promoción de los derechos humanos, probablemente encontraremos dicotomías insalvables. En primer lugar, no debemos olvidar que es precisamente la Convención de Derechos del Niño (CIDN) la que impulsó los sistemas especiales de responsabilidad para adolescentes, marcando el tránsito del menor abandonado-delincente como precisa categoría social al “adolescente infractor” como vaga categoría jurídica. De ahí, la crítica a este instrumento de “protección de los derechos humanos del niño” por su antojadiza confusión: el adolescente es un ser en formación y nadie puede ser sujeto de derecho si no es sujeto de responsabilidades (García Méndez).

Con todo, y en segundo lugar, la Convención de Derechos del Niño establece una serie de restricciones a este sistema penal de adolescentes (nótese el cambio en el lenguaje, antes eran “menores infractores”) en relación al sistema penal de adultos, y que se traduce básicamente en una atenuación, cuestión que parlamentarios de la Alianza, *ad portas* de la entrada

en vigencia de la Ley, se encargaron de desvirtuar. Baste recordar la moción del senador por el Maule, Hernán Larraín, mediante la cual los menores entre 16 y 18 años en cierta calidad procesal deben tener dos años de cumplimiento efectivo de la pena, esto es, antes de obtener beneficios deben estar dos años privados de libertad, reforma que fue refrendada por el Tribunal Constitucional mediante el rechazo a la declaración de inconstitucionalidad. La restricción no existe en el caso de los adultos, los que en esa misma situación procesal sí pudieran obtener beneficios antes de dos años. Ésta, entre otras inadecuaciones a la CIDN.

La aparente “atenuación” de este derecho de adolescentes no es sino el velo que cubre una peligrosa y *sui generis* extensión del derecho penal del enemigo, es decir, una legislación de lucha contra aquel “individuo que por su posición, forma de vida, étnica, o pertenencia a una organización ha huido de manera duradera del derecho” (G. Jakobs). En nuestro país, esta legislación de lucha en las actuales condiciones socio-políticas, amenaza con extenderse hacia sectores marginados de la sociedad (jóvenes delincuentes habituales a los que “hay que cerrarles la puerta giratoria”) y hoy alcanza ya no sólo a la dirigencia Mapuche, sino directamente a sus hij@s o sobrín@s, a quienes se les acusa de haber participado en la comisión de delitos.

Entiendo que en las democracias, el Estado, antes de criminalizar, debe optar por impulsar políticas públicas destinadas a prevenir ilícitos penales. Eso implica, en este contexto, y a mi juicio, asumir su propia responsabilidad en los efectos psicosociales y psicológicos individuales de la violencia que ha impulsado a través de la

criminalización de las demandas de este pueblo originario durante siglos, pero muy especialmente durante los últimos 12 años (desde el histórico conflicto Ralco). No parece que esto haya sucedido. No se ve por parte del Estado un mea culpa en torno al abuso de poder al sur del Bío Bío y que se ha traducido en muertes de comuneros (la última a plena luz del día en el marco de una ocupación, ya no de un incendio). Más bien parece existir un reforzamiento de la estigmatización de la que ha sido objeto históricamente Mapuche, que ha transitado desde el Mapuche flojo y borracho, al Mapuche terrorista.

Recibí hace poco una comunicación de una comunidad en la que se denunciaba el trato vejatorio a presos Mapuche en la cárcel de Angol. Decía este comunicado que una autoridad de Gendarmería de ese recinto se acercó al módulo de los Mapuche y les dijo: *“ahora las cosas, con el Presidente Sebastián Piñera van a cambiar, nosotros tomaremos el control de todos ustedes indios de mierda, delincuente y terrorista, a ver si les quedarán ganas de seguir reclamando tierra, cárcel y balas les daremos”*.

*“Indio”, “delincuente”, “terrorista”*. Con razón están atacando lo que seguramente el Estado considera “el germen del terrorismo”. No veo otra explicación para que su fuerza punitiva se dirija precisamente en contra de menores hijas o parientes de dirigentes. Son mujeres, como todas las otras Mapuche que durante años han debido soportar la violencia de los allanamientos, que se lleven a sus padres o maridos. Mujeres que han tenido que cargar con el peso de la familia (los hijos, los hermanos pequeños) y de la cárcel cuando el padre o el marido está preso. Mujer que en ausencia del jefe de familia debe



levantarse a cortar leña, a sembrar, a cosechar, a atender a los hijos, cocinar, darse tiempo para ir a la cárcel a ver al marido preso, en recintos normalmente muy alejados de sus comunidades, generalmente en otras ciudades. Así y todo, ella debe saber tener los cinco mil pesos que le cuesta moverse hasta la ciudad. Está triplemente oprimida (M.Lagarde:1988): carga sobre sí una opresión de género, porque es mujer, una opresión de clase, porque es pobre, y una opresión de etnia, porque es Mapuche. Ahora parece que también es delincuente, porque es joven, porque es Mapuche hija o sobrina de dirigentes.

Claramente los objetivos de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, que con un marcado criterio de eficacia pretendía servir ilusamente de "contención" (que no solución) a la delincuencia juvenil, están siendo desvirtuados en la cuestión Mapuche, transformando esta Ley y al sistema penal en su conjunto en un instrumento de manipulación política, que persigue crear verdaderos frentes de solidaridad ante lo que nos quieren hacer ver como "enemigo común" para confirmar una ideología de defensa de lo social.

Son síntomas de que el Derecho Penal chileno se está transformando en un instrumento de pedagogía social con el consiguiente recorte de garantías constitucionales, y más aún, en un medio de dirección social toda vez que pretende un cuerpo social homogéneo al margen de la diversidad cultural. Esperemos que les pese el Convenio 169 y que sus efectos alcancen también al sistema penal, y que se promueva una reforma no sólo en la legislación, sino en la interpretación de los operadores del sistema penal, en donde "la investigación y los procedimientos racionales y justos" que nos garantiza tan pomposamente la Constitución, sea sinónimo de respeto a la diversidad cultural y a la consideración de la marginación que han sufrido los indígenas desde el propio Estado. Ya lo decía Juan Bustos (Q.E.P.D), "el respeto a la condición de la persona impide exigir responsabilidad a aquellas personas a quienes el propio sistema ha marginado" (Bustos: 1997).

El reconocimiento de los pueblos originarios no es un problema de dinero, no es un problema de derecho de propiedad ni de compra de terrenos, sino un problema de autonomía y de territorio".



## Elementos para la Defensa Penal en Estado de Catástrofe



Por: Hernán Fuentes,  
Defensor Regional de El Maule.

“El escenario luego del terremoto del 27 de febrero todavía es dantesco. La experiencia exhibe que la comunidad ha sufrido una grave y repentina alteración en el funcionamiento de su organización y tráfico de recursos.

Las facultades de las autoridades se han debilitado ante el desconcierto e infortunio generalizado de la gente que reacciona para resguardar su sobrevivencia y seguridad, y muchas veces mediante conductas inaceptables en un Estado de Derecho.

La historia de la organización humana está escrita con miles de episodios de

excepcionalidad, en los cuales ha sido necesario aplicar soluciones especiales. Históricamente, la solución para ordenar y regular en estado de excepcionalidad ha sido el nombramiento de una sola autoridad a la cual se le entregan facultades extraordinarias para adoptar medidas de orden público, de seguridad y para evitar peligros, como asimismo la conservación de recursos necesarios para la sobrevivencia, viene a la memoria el Dictator y Magister populi romano.

En este contexto, los derechos y garantías de los individuos han sido restringidos por decreto de estado de excepción constitu-

cional de catástrofe en las regiones del Maule y del Bío Bío, que autorizó a los Jefes de la Defensa Nacional designados para ejercer facultades de coordinación con los Intendentes Regionales respectivos, y restringir las libertades de locomoción y reunión; como asimismo, disponer la requisición de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad.

Ahora, dentro de los diversos efectos jurídicos del terremoto en el ámbito del Derecho, dirigimos los pasos sobre el texto refundido de la Ley N° 16.282 de 26 de julio de 1965, sobre sismos y catástro-

fes, que en su artículo 4° establece que: "Los productores o comerciantes y funcionarios de instituciones comerciales del Estado que se negaren infundadamente a vender de contado al público para su consumo ordinario, alimentos, vestuarios, herramientas, materiales de construcción, productos, medicamentos y artículos farmacéuticos de uso en medicina humana y veterinaria, menaje de casa, combustibles, jabón y bienes que sirvan para el alhajamiento o guarnecimiento de una morada, o condicionen la venta a la adquisición de otras mercaderías. Lo mismo que cualquier persona que a sabiendas comercie con bienes destinados a ser distribuidos gratuitamente en la zona afectada, sufrirán la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio".

En el inciso segundo de la misma disposición se señala además que: "En la misma pena incurrirán quienes, siendo o no comerciantes, vendan los artículos a que se refiere el inciso anterior a precios superiores a los oficiales o con engaño en la calidad, peso o medida, o los que los acaparen, oculten, destruyan o eliminen del mercado".

Por otro lado, se establece un agravante en los delitos contra las personas o la propiedad consistente en haber sido cometidos en la zona afectada.

Sin pisar la arena económica donde surgen problemas como la eventual economía subterránea o mercado negro que puede producirse por la mantención artificial de bajos precios ante una demanda

en aumento y una oferta en disminución, debido a las dificultades sobrevinientes para productores y distribuidores, es interesante analizar el elemento normativo que dice relación con la falta de justificación en la negación a vender especies o venderlas a precios superiores "a los oficiales" en estado de catástrofe o calamidad, en circunstancias en que precisamente surgen impedimentos para transferir y distribuir bienes, como lo fue la escasez de combustible, por ejemplo. Esto obliga a realizar una valoración de la conducta en concreto, porque la actividad económica es extensa y las responsabilidades son difusas.

Además, se observa que el tipo penal no describe las cualidades de las especies comercializadas, infringiendo quizás la exigencia de determinación del tipo, toda vez que la amplitud de la descripción deriva en serios problemas interpretativos como la falta de relación entre la conducta y la afectación del tráfico de bienes y servicios esenciales, como por ejemplo, aquéllos sin los cuales se pone en riesgo la vida, la salud o la seguridad en épocas de catástrofe (alimentos y medicamentos de primera necesidad).

El escenario actual en el que se desenvuelven las personas, obliga a actualizar nuestra normativa vigente en orden a otorgar una mayor protección a los derechos de los consumidores, que por su propia naturaleza no tienen solamente un contenido patrimonial, por lo que debe considerarse la reconstrucción del bien jurídico sobre la base de aspectos supra-

individuales que giran en torno a la idea de bienes jurídicos colectivos.

Estas ideas no necesariamente deben promover una tendencia más intensa del Derecho Penal, o la creación de figuras de peligro abstracto, ya que dichos bienes jurídicos supra-individuales o sociales siempre deben tener una referencia en la persona o individuo.

En cuanto a la aplicación de la agravante del artículo 4 inciso 8 de la Ley sobre Sismos y Catástrofes, N° 16.282, viene a ampliar las situaciones ya contempladas por la agravante objetiva del artículo 12 N° 10 del Código Penal a todos los delitos contra las personas o la propiedad en estado de catástrofe.

Ante esto, recordemos que el legislador considera la pena establecida en abstracto por la ley a cada tipo penal, pero el quantum de la misma se determinará en concreto mediante la aplicación de las reglas del iter criminis, la participación y finalmente las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal. Esto, en razón de que una determinada conducta anterior, coetánea o posterior a los hechos revela un mayor o menor grado de culpabilidad, o se traduce en una mayor o menor gravedad de la entidad del injusto. Por lo tanto, el fundamento de la agravación debe radicar en el aprovechamiento consciente de la situación de catástrofe para favorecer la impunidad, como por ejemplo, en las hipótesis de saqueos que es enfrentada con el estado de necesidad en el debate jurídico".



# Responsabilidad en la construcción



Por: Marco Antonio Sepúlveda. Abogado, Master en Economía y Gestión para Abogados. Profesor de Derecho Civil de las Universidades Central de Chile y Gabriela Mistral. Socio de "Sepúlveda, Escudero & Cía. Ltda.".

"Ante los lamentables hechos ocurridos en nuestro país, son numerosas las consultas que nos han formulado respecto de la materia; ello, sumado a ciertas informaciones confusas en la prensa, aconseja tener presente lo siguiente:

Nuestro ordenamiento jurídico permite perseguir la responsabilidad civil por defectos de construcción de numerosas personas: primer vendedor, propietario, constructores, arquitectos, proyectistas, revisores independientes, inspectores técnicos de obras, subcontratistas, proveedores, etc.

Los defectos de construcción incluyen, además, vicios en el suelo y en los materiales utilizados, y son susceptibles de reclamación tanto los daños materiales (daño emergente y lucro cesante) como los morales.

En cuanto a las normas legales aplica-

bles, coexisten dos sistemas distintos: uno en el Código Civil (artículos 2003, reglas 3ª y 4ª, 2004 y 2324) y otro en la Ley General de Urbanismo y Construcciones (las denominadas "normas sobre calidad de la construcción" que introdujo la Ley N° 19.472). En el primer sistema, según quien experimente el daño, además, se tendrá que determinar si son aplicables las reglas de la responsabilidad contractual o de la extra-contractual y, en el caso de las normas sobre calidad de la construcción, habrá que determinar si los permisos y autorizaciones ingresaron antes o después del 25 de agosto de 2005. Esto último es fundamental para el cómputo del plazo de prescripción



de la acción respectiva, ya que antes la ley establecía, sin distinciones, un período de cinco años a contar de la recepción final de la obra por parte de la Dirección de Obras, lo que varió a partir de la Ley N° 20.016. En efecto, el actual artículo 18 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones establece los siguientes plazos de prescripción:

- 1.-** Diez años en el caso de fallas o defectos que afecten a la estructura soportante del inmueble.
- 2.-** Cinco años cuando se trate de fallas o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones.
- 3.-** Tres años si hubiesen fallas o defectos que afecten a elementos de terminaciones o de acabado de las obras.

En los casos de fallas o defectos no incorporados expresamente en los numerales anteriores o que no sean asimilables o equivalentes a los mencionados en éstos, las acciones prescriben en el plazo de cinco años.

Los plazos se cuentan desde la fecha de la recepción definitiva de las obras por parte de la Dirección de Obras, con excepción del señalado en el número tres, que se cuenta a partir de la fecha de inscripción del inmueble a nombre del comprador en el Conservador de Bienes Raíces.

En cambio, tratándose del plazo de cinco años establecido en el artículo 2003, regla 3ª del Código Civil, éste se cuenta desde la entrega material de la obra y hay opiniones que estiman que no es un plazo de prescripción, sino de garantía.

La determinación del sistema legal aplicable es fundamental, ya que tiene relevancia para establecer, entre otras cosas, además del plazo de prescripción de las acciones judiciales, el procedimiento judicial a ellas aplicables (ordinario o sumario), si hay responsabilidad subjetiva u objetiva y si ella se puede exigir solidariamente a los responsables.

Hay autores que se han inclinado por calificar de objetiva la responsabilidad por fallas o defectos de construcción de la Ley General de Urbanismo y Construccio-

nes, especialmente en relación con el denominado "propietario primer vendedor". Se encuentra objetivada en cuanto a que el propietario primer vendedor no se podrá eximir de responsabilidad invocando responsabilidades de otros (por ejemplo, del constructor, proyectista o del proveedor de los materiales), pero, igualmente, deberán acreditarse los defectos o fallas de construcción.

En definitiva, cada caso en particular deberá ser analizado, a fin de determinar si efectivamente hay responsabilidades, cuál de los sistemas legales es el que debe aplicarse o, bien, cuál de ellos es más conveniente para las víctimas.

Asimismo, nos parece importante señalar que aquí no presta utilidad la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos del consumidor. Su artículo 2 letra e), cuya redacción se la debe a la Ley N° 19.955, es claro al respecto: "Quedan sujetos a las disposiciones de esta ley: e) "Los contratos de ventas de viviendas realizadas por empresas constructoras, inmobiliarias y por los Servicios de Vivienda y Urbanización, en lo que no diga relación con las normas sobre calidad contenidas en la Ley N° 19.472".

Finalmente, otra situación que merece atención es la de los vecinos a una construcción que amenaza caída, producto de su mala condición, ya que luego del terremoto se ha sabido de más de algún edificio que ha quedado en tal estado y no necesariamente por defectos de construcción. En este caso, el artículo 934 del Código Civil los faculta para cobrar todo perjuicio que les ocasione su caída, pero sólo en la medida

que se encuentre notificada la denominada "querrela de obra ruinosa". Es decir, a los vecinos se les impone un deber de cuidado (instar para que se adopten las medidas necesarias para evitar que la construcción efectivamente caiga y cause daños) que no se les impone a los demás, quienes para demandar perjuicios no necesitan previamente haber presentado y notificado tal querrela en contra del propietario de la construcción que ha omitido las necesarias reparaciones, o que ha faltado de otra manera a los cuidados de un buen padre de familia (artículo 2323 del Código Civil).

Además, el artículo 948 del Código Civil concede una "acción popular" para obtener la reparación o demolición de tales construcciones. Lo mismo hace su artículo 2323 en casos de daños contingentes que afecten a personas indeterminadas.

De la misma manera, el artículo 149 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones contempla la posibilidad de que cualquier persona pueda denunciar a la Municipalidad las obras que amenacen ruina o que, por el mal estado de ciertas partes de ellas, pudieren originar la caída de materiales o elementos de la construcción, sin perjuicio de la obligación de la Dirección de Obras Municipales de solicitar al alcalde que ordene la demolición del todo o parte de dichas obras".





Fotografía: Sitio web Estudio Claro y Cía.

## Investigadora de CIJUCEN figura entre mejores litigantes del país

“Son jóvenes, pero tienen una amplia experiencia en el mundo legal. Han estado en la primera línea de combate y liderarán las batallas que vienen. De su trayectoria, desafíos, casos emblemáticos y lo mejor y peor de esta profesión hablaron con *Revista Capital*. Estos son 20 abogados que darán qué hablar”. Se trata de un reportaje en el que se consagra a la Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas y abogada del Estudio Claro y Cía., Soledad Krause, como una de las mejores litigantes del país, en el rubro “litigantes por esencia”.

Soledad Krause, es Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Máster y candidata a doctora en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universidad Pompeu Fabra, España.

Por su experiencia profesional que desarrolla en el estudio Claro y Cía., pocos meses después de jurar como abogado en el área de litigios, se destacó particularmente por convertirse el 2010 en la primera socia de la firma. “Es un honor muy grande y un reconocimiento que recibo con mucha humildad. A la vez, es un enorme desafío como persona y como abogada”, comenta la jurista.

En la entrevista otorgada a la *Revista Capital*, la investigadora de CIJUCEN, sostiene en cuanto a desafíos que “los principales vienen dados por la inmensa profusión legislativa; la complejidad cada vez mayor de las actividades productivas, las tecnologías, las propias instituciones y, por cierto, los que derivan de la internacionalización. Todo ello obliga a una

constante actualización, y a un esfuerzo de especialización, pero sin perder de vista los fundamentos y principios generales”.

Soledad Krause, en el Centro de Investigaciones Jurídicas, además de la labor dogmática propia de su área, realiza los comentarios nacionales en responsabilidad civil y penal en la *Revista Chilena de Derecho de Familia* (RDCHF) y cumple también una importante labor formativa de los ayudantes de investigación. Participará junto a los Doctores Rodrigo Barcia, Javier Barrientos y Gonzalo Ruz en el programa de formación de Ministros de Corte y Jueces adjudicado por la Academia Judicial de Chile, al Centro de Investigaciones Jurídicas de la UCEN.



### Seminario sobre Derechos de la Vivienda y el Trabajo

La Clínica Jurídica y Forense de la Universidad Central de Chile realizó un Seminario sobre Derechos de la Vivienda y el Trabajo –impactos post terremoto- a inmigrantes peruanos asentados en la Región Metropolitana.

En la charla, en la que dio la bienvenida el Cónsul General de Perú en Chile, Juan Carlos Prieto, y la Directora de la Clínica Jurídica y Forense, Mylène Valenzuela, participó el Director del Departamento de Derecho Económico, Andrés Naudon; el Director del Departamento de Derecho Privado, Gustavo Ossorio, y su ayudante de Cátedra, Pedro Aravena.

Cabe señalar que esta actividad académica que busca reforzar los vínculos de la Clínica Jurídica y Forense con la comunidad, forma parte de una serie de charlas de orientación que se impartirán durante el primer semestre de 2010.

### Inaugurado Magíster en Gestión Colaborativa de Conflictos

El ex Ministro de Justicia, Luis Bates dictó la Clase Magistral con la que se dio inicio al Magíster en Gestión Colaborativa de Conflictos: Mediación y Facilitación.

Este programa tiene como objetivo la formación de profesionales capacitados para producir conocimientos e impulsar proyectos innovadores que aporten en la generación de una cultura de diálogo, políticas y prácticas colaborativas de gestión de conflictos en cuatro ámbitos: familia, escuela, comunidad y área penal.

A la inauguración asistieron las máximas autoridades de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, la Decana Ángela Cattán, el Director de Escuela, Sergio Fuenzalida, la Directora del Magíster, Isabel González, Directores de Departamentos, y académicos de otras Facultades de la UCEN, entre ellos, Andrés Llanos, Director del Centro de Estudios Sociales y Opinión Pública (CESOP) de la Universidad Central de Chile.



### Asumió nuevo Secretario de Estudios en FCJS

Álvaro Fuentealba asumió el cargo de Secretario de Estudios de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central de Chile.

Es abogado y obtuvo el grado académico de Magíster en Derecho, calificado con distinción máxima, con Tesis sobre "La Judicatura Laboral en el Gobierno de la Junta Militar (1973 – 1974)".

Hasta marzo de 2010 fue Jefe de Gabinete de la Ministra del Medio Ambiente. En su trayectoria también destacada haber sido fiscal del Servicio Nacional de Capacitación y Empleo (SENCE), y Jefe de la División Juicios Previsionales del Instituto de Normalización Previsional (INP).

En su experiencia como docente es actualmente profesor de la cátedra de Introducción al Derecho en la Universidad de Chile, fue profesor de Introducción al Derecho en la Universidad Andrés Bello, y profesor ayudante del curso "Derecho Constitucional Interamericano" de la Pontificia Universidad Católica.



### Mesa Redonda sobre Agenda de Excepciones de la OMPI



El Instituto Latinoamericano de la Propiedad Intelectual para el Desarrollo (ILAPID) junto con la colaboración de la Corporación Innovarte y el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Central (CIJUCEN); realizaron la "Mesa Redonda sobre Agenda de Excepciones de la OMPI y El Tratado de Excepciones a los Derechos de Autor en Beneficio de los Discapacitados Visuales".

En la actividad expusieron, Alfredo Scafati, Presidente del Consejo de Derechos de Autor de Uruguay; Luis Villarroel, Director de la Corporación Innovarte e Investigador CIJUCEN; Carlos Mazal, Director de la Oficina de Cooperación para el Desarrollo para América Latina y el Caribe de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual; Claudio Ossa, Conservador Registro Propiedad Intelectual de Chile; Flavio Arosemena, Director Derechos de Autor del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual; Marco Alves de Souza, Director de Derechos Autorales del Ministerio de Cultura de Brasil; Carlos González Ruffinelli, Director Derechos de Autor de Paraguay.

En la oportunidad, se firmó el acta constitutiva de ILAPID cuyos miembros fundadores suman nueve países, siendo uno de ellos el investigador de CIJUCEN, Luis Villarroel.

### Simposio Internacional de Redes Sociales y Derecho

Carlos Reusser, profesor ayudante de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UCEN participó en el Simposio Internacional de Redes Sociales y Derecho, en el que expusieron 18 especialistas provenientes de varios países, entre ellos, Brasil, Costa Rica, Francia, México y Panamá.

Carlos Reusser se refirió al "Análisis jurídico del caso Google Buzz, desde la óptica de los derechos fundamentales".

# EN LA PRENSA

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UCEN cuenta desde 2006, con un total 1.092 apariciones en los medios de comunicación escritos, radiales y en televisión.

Nos interesa seguir marcando pauta y que los académicos continúen siendo referentes de opinión.

Contacto:

Daisy Castillo Triviños

(Periodista de la Facultad y editora de la Revista Derecho Noticias)

E mail: [daisycastillo@ucentral.cl](mailto:daisycastillo@ucentral.cl)

Teléfonos: 562-582 63 37 / 569-9 15 08 77

